



MARIANA GOMES GIANELO

**A MULTIPLICIDADE DE MAJORANTES NA FIXAÇÃO DA
PENA DOS ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS**

BRASÍLIA

2011

MARIANA GOMES GIANELO

**A MULTIPLICIDADE DE MAJORANTES NA FIXAÇÃO DA
PENA DOS ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Georges Carlos Fredderico
Moreira Seigneur.

BRASÍLIA
2011

Dedico este trabalho aos meus pais, Márcia e Devanir Gianelo, por todo o apoio, incentivo, carinho e amor; e ao meu orientador, Georges, pelo auxílio e paciência.

RESUMO

O presente estudo trata sobre a dificuldade que os magistrados possuem em aferir a sanção penal quando o agente pratica o crime de roubo e incide no caso concreto mais de uma causa de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, do Estatuto Repressivo. Existem três correntes que visam solucionar a questão: A primeira corrente adota o critério matemático para justificar a exasperação da reprimenda; a segunda utiliza uma causa de aumento de pena na terceira fase de fixação da pena e as demais como circunstância judicial, a ser analisada na primeira fase; já a terceira, utiliza o critério qualitativo, segundo o qual deve ser analisada a intensidade da conduta.

Palavras-chave: Direito Penal. Roubo. Causas de Aumento de Pena. Sanção Penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 AS SANÇÕES NO DIREITO PENAL.....	9
1.1. Evolução Histórica.....	10
1.2. Sistemas para fixação da pena	16
1.3. A fixação da pena no Brasil	17
2 O CRIME DE ROUBO.....	26
2,1. O roubo circunstanciado	29
3 TEORIAS PARA AFERIÇÃO DA PENA.....	34
3.1. Quantitativa.....	34
3.2. Causa de aumento de pena como circunstância judicial.....	40
3.3. Qualitativa.....	48
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro determina que os crimes de roubo tenham as penas aumentas de um terço até a metade quando incidir no caso concreto as causas de aumento de pena constantes no § 2º do artigo 157 do Código Penal.

Todavia, não há qualquer indicação legal específica de como deve o magistrado proceder ao aplicar a fração adequada quando o roubo for praticado com a incidência de mais de uma causa de aumento de pena. O que fazer quando o agente perpetrar o delito mediante o emprego de arma de fogo, em concurso de agentes e com a restrição da liberdade da vítima, por exemplo?

Nesse panorama, ante a omissão legal, a doutrina e a jurisprudência criaram três correntes que visam solucionar a questão, as quais são analisadas no presente trabalho.

No primeiro capítulo serão analisadas as sanções no direito penal dando enfoque, inicialmente, à finalidade da pena e à evolução histórica, de acordo com as teorias retributiva e preventiva.

Em seguida é feita uma análise dos sistemas de fixação da pena, examinando-se as diferenças e semelhanças entre os sistemas bifásico de fixação da sanção penal, defendido por Roberto Lyra, e o trifásico, defendido por Nelson Hungria.

Após, a análise procedida diz respeito ao sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro, qual seja, o trifásico, que pode ser facilmente verificado pelo artigo 68 do Estatuto Repressivo, que deixa claro que ao fixar a pena, o juiz deve analisar as circunstâncias

judiciais, na primeira fase, as atenuantes e agravantes, na segunda fase e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, na terceira fase.

Esclarecidos os aspectos gerais, no segundo capítulo, passamos à análise do crime de roubo, examinando no que consiste a violência e a grave ameaça, elementos essenciais para a configuração do delito, o momento de consumação, além do que consiste o roubo impróprio. Em seguida, é realizada uma análise de cada causa especial de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º do Código Penal.

No terceiro capítulo, é feita a análise das teorias criadas pela doutrina e pela jurisprudência para solucionar o problema de escolha da fração adequada para exasperar a pena do roubo circunstanciado.

A primeira teoria, quantitativa, utiliza o critério meramente matemático para justificar a majoração da reprimenda, o que é amplamente criticado, sob o argumento de que tal critério é insuficiente para fundamentar a decisão, além de que viola o princípio constitucional da individualização da pena.

A segunda teoria, defendida por Guilherme Nucci, defende que uma causa especial de aumento de pena deve ser aplicada na terceira fase, enquanto as restantes são consideradas como circunstâncias judiciais, previstas no art. 59 do Código Penal. Tal critério ganha força entre aqueles que criticam a política da pena mínima adotada no Brasil, pois entendem que tal teoria acaba solucionando o problema.

Já a terceira teoria, que vem ganhando força atualmente, mormente em razão da edição da súmula nº. 443 do Superior Tribunal de Justiça, defende que a fixação da pena deve ser analisada de acordo com o caso concreto, não havendo nada que impeça a

utilização da fração mínima mesmo que incidam mais de uma causa de aumento de pena no caso.

Após, será apresentada a conclusão do presente trabalho, apontando-se qual a corrente que melhor solucionaria o problema da fixação da pena nos roubos circunstanciados.

1 AS SANÇÕES NO DIREITO PENAL

A pena é, segundo Guilherme de Souza Nucci, “*uma sanção aplicada pelo Estado, valendo-se do devido processo legal, ao autor da infração penal, como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes*”.¹

A finalidade da pena, apontada por Nucci, pode ser facilmente verificada no próprio Código Penal Brasileiro, que em seu artigo 59, *caput*, traz o seguinte dispositivo:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Assim, constata-se que a sanção penal possui duas funções básicas: a preventiva e a retributiva.

A doutrina divide a função preventiva em dois grupos: geral, que se subdivide em preventivo positivo – visa mostrar para a sociedade a força do Direito Penal e da sanção – e preventivo negativo – visa fortalecer o poder intimidatório da reprimenda alertando a sociedade; e especial, que também é subdividido em preventivo positivo – caráter ressocializador da pena –, e preventivo negativo – visa incentivar o autor do crime a não mais delinquir, além de neutralizá-lo, pois enquanto estiver preso não poderá cometer novos crimes.²

¹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 . p. 56.

² Ibidem, p. 57.

Não se pode olvidar, ainda, que a pena, além de reafirmar os valores sociais, tem por objetivo fazer com que a vítima não se volte contra o delinquente, mas que veja na pena a função retributiva suficiente para acalmar seu espírito.³

1.1 Evolução histórica

No estudo histórico do Direito Penal é possível perceber que são várias as fases de evolução compreendidas na vingança penal, a qual foi dividida em três pela doutrina: vingança privada, vingança divina e vingança pública. A passagem de uma fase para outra não foi um desenvolvimento sistemático, com características específicas e épocas facilmente determináveis, mas sim uma evolução lenta e irregular.⁴

Na vingança divina, com fortes traços religiosos, castigava-se o infrator para purificar sua alma e agradar a divindade. O que ocorria, de fato, não guardava relação alguma com justiça, a pena era desproporcional, o infrator pagava com a própria vida pelos atos praticados. As penas severas e cruéis eram aplicadas por sacerdotes, por delegação divina, com finalidade precípua intimidatória.⁵

Neste período, a crença era fundada em forças sobrenaturais, muitas vezes os próprios fenômenos da natureza, como a chuva ou o trovão, razão pela qual, quando concretizada a pena, acreditava-se que os deuses acalmavam-se. Punia-se para garantir que a ira dos deuses não atingissem o grupo.⁶

³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 . p. 58

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** , volume 1: parte geral, 14 Ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 29.

⁵ Ibidem, p. 30

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 . p. 59 e 60

Já a segunda fase, da vingança privada, teve como traço marcante as sangrentas batalhas que ocorriam entre os grupos sociais e, em alguns casos, com indivíduos isoladamente, os quais eram castigados com o banimento de seus grupos.⁷

Um marco dessa época foi o surgimento da Lei de Talião, primeiro demonstrativo de tratamento igualitário entre a vítima e o agressor, pois determinava uma reação proporcional entre o ato praticado e a pena.⁸ É conhecida até hoje pela famosa frase “olho por olho, dente por dente”. Todavia, apesar de ser considerado um avanço à época, a justiça com as próprias mãos acaba sendo uma forma de agressão que com o tempo acaba levando ao fim dos clãs e grupos.⁹

Outro momento importante foi a instituição da composição, na qual o infrator pagava para livrar-se do castigo. Tal idéia veio como antecessora da pena pecuniária e da reparação civil aplicadas atualmente em nosso Direito Penal.¹⁰

Por fim, tem-se a vingança pública, que apesar de ainda guardar traços religiosos, tinha como finalidade garantir a segurança do soberano através da sanção penal cruel com fim intimidatório.¹¹

O aspecto religioso somente se afastou do Direito Penal com a contribuição dos filósofos: Aristóteles falou sobre o livre arbítrio, semente da idéia de culpabilidade; Platão

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral, 14 Ed. São Paulo: Saraiva 2009, p. 30

⁸ Ibidem

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 60

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral, 14ª Ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 30.

¹¹ Ibidem, p. 31

antecipou a finalidade da pena como meio de defesa social, que deveria intimidar pelo rigorismo, advertindo os indivíduos para não delinquir.¹²

O Direito Penal apenas passou por um processo de modernização com o Iluminismo, ressaltando-se os seguintes autores: *Bentham* (Inglaterra), *Montesquieu e Voltaire* (França), *Hommel e Feuerbach* (Alemanha), *Beccaria, Filangieri e Pagano* (Itália).¹³

O pensamento iluminista consagrou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Cumpre trazer à baila as palavras de Paolo Prodi acerca do tema:

das obras de grandes pensadores iluministas e elaboradores de princípios iluminados no projeto de uma sociedade baseada na razão e nas reformas penais nascem as grandes indicações sobre a soberania da lei, sobre a defesa dos direitos subjetivos e, em particular, sobre as garantias necessárias no processo penal e sobre a oportunidade de racionalizar as penas numa relação o mais objetiva possível com a gravidade do delito e o dano infligido à sociedade, repudiando a barbárie da pena como vingança.¹⁴

Frise-se que no século XVII e XVIII houve o surgimento da prisão como pena privativa de liberdade, a qual era usada apenas como meio de preservar os acusados fisicamente até o julgamento. Para fins de cumprimento de pena utilizou-se o sistema penitenciário originário nas colônias americanas, apesar de haver relatos de modelos de prisões cautelares na Europa.¹⁵

Como exemplo, pode-se citar o sistema pensilvânico, idealizado por Guilherme Penn, que extinguiu a severidade das prisões inglesas e a partir de então passou a

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral, 14ª Ed. São Paulo: Saraiva 2009. p. 31

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 63

¹⁴ PRODI, Paolo *apud* NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 64

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64

buscar o caráter ressocializador das penas privativas de liberdade, e mais tarde o sistema auburniano, que visava à obediência do criminoso, à segurança do presídio e à exploração de mão de obra barata. Ambos tinham a visão punitiva e retributiva da pena.¹⁶

Bentham, em meados de 1787, sugeriu a criação do presídio ideal, chamado por ele de “O Penóptico”, em que a idéia principal era de que todas as celas se voltassem para o centro do presídio, estando os presidiários sob constante vigilância. Foucault faz algumas considerações acerca dos efeitos desse modelo:

induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático de poder. Fazer com que a vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação; que a perfeição do poder tenda a tornar inútil a atualidade de seu exercício; que esse aparelho arquitetural seja uma máquina de criar e sustentar uma relação de poder independente daquele que o exerce; enfim, que os detentos se encontrem presos numa situação de poder de que eles mesmos são portadores. (...) O Panóptico é uma máquina de dissociar o par ver-ser visto: no anel periférico, se é totalmente visto, sem nunca ver, na torre central, vê-se tudo, sem nunca ser visto.¹⁷

Mais tarde surge o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade na Europa. Um capitão inglês passou a distribuir marcas e vales para os detentos de acordo com seus comportamentos e rendimentos laborativos, a fim de melhorarem de situação.¹⁸

Foi, de fato, com o Iluminismo que a teoria da retribuição (absoluta) e a teoria da prevenção (relativa) passaram a dominar o cenário.

¹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65

¹⁷ FOUCAULT, Michel *apud* NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 66 e 67

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 67

A teoria da retribuição contou com importantes nomes que defendiam o castigo do infrator como a finalidade precípua da pena. Neste cenário, *Kant* afirmava que pena era um mal como forma de compensar a infração penal cometida, despida de qualquer finalidade. Já *Hegel*, apesar de ter uma posição similar acreditava que a pena apenas se contrapunha ao crime.¹⁹

Por seu turno, a teoria da prevenção, defendida por Beccaria e Feuerbach, sustenta que a pena deve ter um fim utilitário, para prevenir de forma geral e especial do crime.²⁰

Cumpre ressaltar, ainda, a escola clássica que tinha como representante Carrara, que afirmava ser o crime fruto do livre arbítrio, idéia previamente defendida por Aristóteles, conforme citado alhures. Para ele as penas não deveriam ser cruéis e tampouco deveria existir a pena de morte.²¹

Neste ponto começou a se falar na responsabilidade penal do criminoso com fundamento em sua responsabilidade moral, tudo de acordo com o livre arbítrio. Frise-se que, neste ponto, o crime deixou de ser um fato do homem e passou a ser considerado um ente jurídico. A retribuição do mal era o objetivo primeiro, mas seria bom se fosse possível emendar o criminoso. Nas palavras de Carrara:

O espetáculo de um delinqüente emendado é edificante, é utilíssimo à moral pública: nisso convenho. E por isso abomino e me oponho à pena de morte; porque acredito firmemente na força moralizadora do espetáculo de um delinqüente emendado; e não acredito, absolutamente, na força, que com temerário cinismo ouvi chamar moralizadora, do espetáculo de uma cabeça decepada, exibida ao povo. Nessa cena de circo eu vejo, ao invés, todos os embriões da depravação do povo. Um criminoso emendado, porém, ao preço

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.68.

²⁰ Ibidem, p. 69

²¹ Ibidem

da atenuação da pena merecida é uma excitação à delinquência; é um escândalo político. Considero, pois, utilíssima a reforma do réu, a ser procurada com toda diligência, mas completamente fora do círculo do magistério penal.²²

Por outro lado, tinha-se também a escola positivista, de Cesare Lombroso, que afirmava que o ser humano já nascia um criminoso, tinha características próprias e por causa dessas limitações inatas jamais poderia adapta-se à sociedade. Neste momento, o direito penal passou para a investigação científica, surgindo então a antropologia criminal, a psicologia criminal e a sociologia criminal.²³

Neste contexto, para os positivistas, a pena era apenas uma forma de prevenir novos delitos, pois se não há o livre arbítrio e o infrator já nasce com características de criminoso, não há como se falar em emendá-lo. Cumpre trazer à baila o ensinamento de Antonio Moniz Sodré Aragão:

a escola Antropológica baseia-se no método positivo. A observação rigorosa e exata dos fatos é a fonte única e o fundamento racional das suas conclusões indutivas. O assunto primordial dos seus estudos é a pessoa real e viva do delinquente, e não a figura abstrata e jurídica do crime. Este é estudado, em sua origem e efeitos, também como um fenômeno natural e social, essencialmente complexo. Na investigação das causas, era indispensável fazer-se a histórica natural do criminoso, de cuja natureza ele é dependente; observá-lo nos laboratórios, sujeitá-lo a dissecações anatômicas, a experiências fisiológicas e a um exame completo de sua personalidade psíquica.²⁴

Uma contribuição muito importante da escola positivista foi o princípio da individualização da pena, em que se considera a personalidade e a conduta do social do agente para a determinação da sanção.²⁵

²² NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 69 *apud* Carrara – Programa do curso de direito criminal. V. II, p. 92

²³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 70

²⁴ ARAGÃO, Antonio Muniz *apud* NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70

²⁵ *Ibidem*, p. 71

Ante as idéias tão divergentes de ambas as escolas, obviamente sobrevieram inúmeras críticas para cada uma delas, tendo sido criadas as denominadas escolas ecléticas ou críticas, que acabam mesclando as idéias das principais.²⁶

1.2 Sistemas para fixação da pena

Existem dois principais sistemas de fixação da reprimenda, quais sejam: sistema trifásico, defendido por Nelson Hungria e sistema bifásico, preconizado por Roberto Lyra.²⁷

No sistema trifásico a pena é fixada após a análise de três etapas: as circunstâncias judiciais; as circunstâncias legais; e por fim, as causas de diminuição e de aumento de pena previstas na parte especial e geral.

Tal sistema traz benefícios para a parte, pois mostra de forma detalhada qual o posicionamento do magistrado no momento de aplicação da sanção, pois a fundamentação é necessária em cada uma das fases sendo possível que o sentenciado acompanhe cada uma das etapas e como se deu a fixação do *quantum* sancionatório.²⁸

Lado outro, o sistema bifásico, que tem como principal diferença do sistema trifásico a análise das circunstâncias judiciais juntamente com as circunstâncias agravantes e atenuantes, tudo em um só momento. Os doutrinadores que defendem este sistema afirmam

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009., p. 71

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de direito penal, parte geral/parte especial** – 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 . p. 486.

²⁸ Ibidem, p. 487

não haver razões para que tais circunstâncias sejam valoradas separadamente, pois são coincidentes entre si.²⁹

Neste ponto, cumpre trazermos à baila as palavras de Frederico Marques:

Não nos parece que haja a necessidade de separar as circunstâncias judiciais das circunstâncias legais, no juízo que o magistrado formula ao apreciar os elementos apontados no artigo 59. Em primeiro lugar, o exame em bloco das circunstâncias todas do crime é muito mais racional e, também, mais indicado para a individualização judiciária da pena. Em segundo lugar, como bem argumenta Basileu Garcia, as causas de aumento e diminuição de pena: “Há a realizar, somente, a escolha entre limites extremos”. Não há “modificação quantitativa precisa” quando se reconhece a existência de uma agravante ou atenuante. Supérfluo seria, assim, separá-las das circunstâncias judiciais, para efeito do cálculo da pena entre o máximo e o mínimo cominados. Note-se, ao demais, que o artigo 59 manda que o juiz tenha em consideração circunstâncias objetivas, e subjetivas, a gravidade do crime e a personalidade do delinquente, para escolher e fixar a pena-base. Não é mito mais aconselhável que ele tenha uma visão completa e panorâmica desses elementos, do que se basear em aspectos fragmentários que só se completarão depois num segundo exame? O diagnóstico e prognóstico sobre a personalidade do delinquente não ficará muito mais perfeito se resultar do exame em conjunto das circunstâncias legais e judiciais de caráter subjetivo?³⁰

Assim, contata-se que, efetivamente, a diferença principal entre o sistema bifásico e o trifásico está na segunda fase de fixação da reprimenda, se esta deve ou não ser analisada em conjunto com a primeira fase.

1.3 A fixação da pena no Brasil

O direito penal brasileiro, criado no ano de 1940, sofreu alterações em sua parte geral com o advento da Lei nº. 7.209/1984, inclusive no que concerne à aplicação da pena, pois foi neste momento que o sistema trifásico de fixação da reprimenda foi adotado no Brasil, como pode ser facilmente verificado no caput do art. 68 do *Codex*:

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de direito penal, parte geral/parte especial** – 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 486

³⁰ MARQUES, Frederico *apud* NUCCI, Guilherme de Souza – **Manual de direito penal, parte geral/parte especial** – 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 486 *apud* Tratado de direito penal vol. 3

A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Conforme citado alhures, o sistema trifásico determina que ao fixar a pena, o magistrado deve analisar as circunstâncias do caso concreto em três fases distintas, quais sejam: a primeira fase, em que são analisadas as circunstâncias judiciais, constantes no art. 59 do Código Penal Brasileiro; a segunda fase em que são consideradas as circunstâncias legais, agravantes e atenuantes genéricas, dispostas no art. 61 a 66 do Estatuto Repressivo; por fim, devem ser analisadas as causas especiais de aumento e diminuição da reprimenda.

Caso o magistrado não respeite o sistema trifásico será considerado como violação de dever constante no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, o que acarretará nulidade insanável da parte viciada da sentença, conforme jurisprudência majoritária. Contudo, há crítica por parte da doutrina neste ponto, que defende ser necessária a extinção da decisão como um todo, por entender que o vício se estende a toda sentença.³¹

Neste viés, se o vício contamina somente a dosimetria da pena, mas não questão de materialidade e autoria do delito, não haverá a necessidade de o juiz retornar a este tema, devendo enfrentar novamente apenas a fixação da pena.³²

Não podemos olvidar que a correta aplicação do sistema trifásico, bem como a fundamentação apropriada são extremamente importantes, pois, caso o magistrado incorra em algum erro, não poderá o tribunal alterar a decisão caso esta seja interessante à

³¹ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 182

³² Ibidem

acusação e seja beneficiando a defesa, visto que para tanto deve haver recurso ofensivo requerendo expressamente a respeito.³³

Pois bem, na primeira fase, o juiz, mediante a análise das circunstâncias judiciais constantes no art. 59 do Código Penal, deve determinar a pena-base. Todavia, não há definição expressa do que consiste a referida pena-base na norma penal, tendo o doutrinador José Antonio Paganella a conceituado como:

[...] aquela que o juiz aplicaria, em definitivo, se não existissem causas legais de modificação definidas como agravantes, atenuante, majorantes e minorantes, de incidência obrigatória na segunda e na terceira fases do método trifásico (art. 68 do CP). Pena-base, enfim, é aquela que atua como ponto de partida, ou seja, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde, então, à pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos *a priori* na lei pena, para que, sobre ela, incidam, *por cascata*, as diminuições e os aumentos decorrentes de agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes.³⁴

Ocorre que, a questão tormentosa acerca do tema não se limita à conceituação da pena-base, mas sim em como deve ser procedida a quantificação em concreto da pena, se não há regra penal expressa indicando como deve ser fixada a pena-base, segundo as finalidades retributiva e preventiva da reprimenda.³⁵

Primeiramente, mister se faz examinar no que consistem as circunstâncias judiciais citadas no art. 59 do CPB.

³³ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 183

³⁴ Ibidem, p. 187 e 188

³⁵ Ibidem, p. 188

Há circunstâncias classificadas como subjetivas – culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade e motivos – ou objetivas – circunstâncias e consequências do fato e comportamento da vítima.³⁶

Frise-se que as circunstâncias judiciais, ora examinadas, em nada se confundem com as elementares do crime, vez que aquelas são externas à figura típica, ou seja, impõem maior reprovabilidade ao delito já configurado.³⁷

Tais circunstâncias são denominadas judiciais, pois cabe ao magistrado, dentro dos limites de sua discricionariedade, determinar qual a carga de valor será conferida, positiva ou negativamente, ao caso concreto. Neste cenário, é indispensável a fundamentação detalhada, pois somente desta forma será possível acompanhar os motivos que levaram o sentenciante a considerar favorável ou não a circunstância judicial em análise.³⁸

Lado outro, na segunda fase de aplicação da reprimenda, são analisadas as circunstâncias denominadas legais, quais sejam, as agravantes e atenuantes elencadas nos artigos 61 a 66 do CPB, as quais podem ser classificadas como legais, genéricas, taxativas e obrigatórias.³⁹

Neste ponto, é importante lembrar que tanto as circunstâncias judiciais, previamente ponderadas, quanto as atenuantes e agravantes são consideradas espécies de um mesmo gênero, pois ambas se referem às situações que envolvem o agente e o fato, com suas

³⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 189

³⁷ Ibidem, p. 190

³⁸ Ibidem, p. 189 e 191

³⁹ Ibidem, p. 244

circunstâncias e conseqüências. Em verdade, o que as diferenciam de fato é a função que desempenham no momento de se determinar o *quantum* sancionatório.⁴⁰

Ora, enquanto as circunstâncias judiciais são consideradas pelo sentenciante no momento de fixação da pena, as agravantes e atenuantes já foram estabelecidas previamente pelo legislador, cabendo ao magistrado analisar somente se há incidência ou não da hipótese prevista no caso concreto.⁴¹

De forma geral, as causas de modificação da pena-base por vezes se referem ao elemento subjetivo do injusto – quando o crime é praticado em razão de motivo fútil ou para assegurar a execução, a ocultação a impunidade ou vantagem de outro crime, art. 61, inciso II, aliena b –, se relacionam ao efetivo conteúdo do ilícito penal – crime praticado mediante traição, contra criança, velho ou enfermo ou com o uso de veneno, fogo ou explosivo – ou então, quando tratam de considerações político-criminais, como atenuantes da reparação do dano e da confissão espontânea (art. 65 do CP).⁴²

Incidente no caso concreto a hipótese tratada nos artigos referentes às agravantes e atenuantes, malgrado o disposto no art. 68 do CPB, devem ser consideradas primeiramente as agravantes e somente depois as atenuantes.⁴³

Quanto ao cálculo de tais atenuantes e agravantes, é necessário que o aumento ou a diminuição sempre incida sobre a pena-base, salvo se o sentenciante resolver

⁴⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 243 e 244

⁴¹ Ibidem, p. 244

⁴² Ibidem, p. 245

⁴³ Ibidem

pela compensação entre elas, desde que possível, nos termos do art. 67 do Código Penal Brasileiro.⁴⁴

Assim, havendo simultaneamente no caso concreto atenuantes e agravantes, devem a reincidência, os motivos e as circunstâncias que resultam da personalidade ter caráter preponderante, como determina o supracitado artigo. Desta forma, atento a isto, o magistrado deverá garantir que a pena se aproxime ao limite indicado pela circunstância que valer mais que demais.⁴⁵

Sempre que houver concurso entre atenuante preponderante e agravante não-preponderante, ou o contrário, não poderá o sentenciante neutralizar ou compensar pela outra, já quando ambas forem preponderantes, não há problemas em neutralizá-las.⁴⁶

Contudo, há dificuldade quando existem circunstâncias preponderantes decorrentes da personalidade, como se depreende do artigo. Para tanto, os tribunais começaram a considerar de conteúdo preponderante as atenuantes da menoridade do agente e da confissão espontânea, pois entendem que deve ter maior benefício aquele que ainda não desenvolveu plenamente sua maturidade e o agente que confessou por demonstrar maior responsabilidade penal.⁴⁷

⁴⁴ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 291

⁴⁵ Ibidem, p. 196

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Ibidem, p. 197

Frise-se que, conforme entendimento pacífico, a atenuante da menoridade é considerada inclusive como uma superpreponderante, e estando ela em concurso com outra agravante, mesmo que preponderante, deve ter o agente sua pena-base reduzida.⁴⁸

Outro ponto importante diz respeito à possibilidade de incidência de circunstância atenuante quando a pena-base for fixada no mínimo legal.

Segundo entendimento jurisprudencial já pacificado com a edição da súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, não é possível a aplicação da diminuição referente às atenuantes quando o sentenciante tiver fixado a pena-base em seu mínimo legal. Assim, ainda que incida no caso concreto alguma causa atenuante, não pode a pena transitória ser fixada em valor aquém do mínimo legal.⁴⁹

Alfim, temos a terceira fase de fixação da pena, momento em que esta se torna definitiva ante a incidência das causas especiais de aumento e de diminuição da reprimenda, também chamadas como majorantes e minorantes.⁵⁰

Segundo José Antonio Paganella, uma das diferenciações entre as causas especiais de aumento e diminuição de pena e as agravantes e atenuantes é topográfica, pois as primeiras estão espalhadas pelo Estatuto Repressivo, enquanto as outras estão condensadas na parte geral do *Codex*.⁵¹

⁴⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 197

⁴⁹ Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=241>. Acessado em 11 de maio de 2011

⁵⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 299

⁵¹ *Ibidem*, p. 300

Outra diferença diz respeito ao fato de que as circunstâncias legais devem incidir sempre sobre a pena-base, restando fixada dentro do limite estabelecido entre o mínimo e o máximo no tipo penal, enquanto as causas especiais de aumento e de diminuição podem extrapolar tais limites. Assim, quando uma causa de aumento de pena for aplicada, não deve o sentenciante preocupar-se com o máximo legal, da mesma forma ocorrerá quando incidir uma causa de diminuição de pena, não devendo o magistrado abster-se de aplicá-la em razão da súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça.⁵²

Há outra circunstância que as diferenciam, a qual é explicada de forma incensurável por Paganella:

As causas especiais de aumento ou diminuição de pena, outrossim, exasperam ou deduzem a pena provisória, de modos diversos: Em primeiro lugar, em quantidades certas, preestabelecidas pelo legislador. Estamos a nos referir aqui às causas especiais de aumento ou diminuição em quantidade fixa – exemplos: arts. 121, § 4º, e 221, dentro inúmeros outros; em segundo lugar, em quantidade a ser estabelecida pelo juiz, em concreto, dentro das margens correspondentes à própria causa especial de aumento ou diminuição. Estamos a nos referir, agora, às causas especiais de aumento ou diminuição em quantidade variáveis – exemplos: arts. 157, § 2º e 121, § 1º, respectivamente.⁵³

Lado outro, deve-se salientar a diferença entre as qualificadoras e as causas de aumento de pena, constantemente confundidas.

A qualificadora forma outros tipos penais, nos quais as penas têm limites mais graves, já as causas de aumento de pena incidirão sobre a pena transitória, não sendo determinada uma nova margem de pena no tipo penal.⁵⁴

⁵² BOSCHI, José Antonio Paganella – **Das penas e seus critérios de aplicação** – 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p. 300

⁵³ Ibidem

⁵⁴ Ibidem, p. 301

Assim, é muito comum que se diga que o crime de roubo foi qualificado pelo uso de arma de fogo, quando, na realidade, trata-se de um roubo circunstanciado. Somente será qualificado quando ocorrer a hipótese prevista no § 3º do art. 157 do Código Penal, qual seja, quando da infração penal resultar lesão corporal grave, caso em que a pena será de sete a quinze anos, ou quando resultar a morte da vítima, caso em que a pena mínima será de vinte e a máxima de trinta anos, tudo conforme determina o supracitado artigo.

Destarte, ante as considerações gerais acerca do sistema trifásico de fixação da pena aplicado no Brasil, devemos analisar a seguir no que consiste o crime de roubo e suas características.

2 O CRIME DE ROUBO

O delito de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal, é classificado como um crime complexo, pois para sua configuração é necessário que o agente pratique duas condutas, quais sejam, a subtração do bem associada às figuras típicas do emprego de violência ou grave ameaça.⁵⁵

Neste ponto, cumpre analisarmos o que é a violência e a grave ameaça citada no artigo. Pois bem, como preleciona o doutrinador Julio Fabrini Mirabete a violência

consiste no desenvolvimento de força física para vencer resistência real ou suposta, de que podem resultar morte ou lesão corporal ou mesmo sem a ocorrência de tais resultados (vias de fato), assim como ocorre na denominada “tombada”. No caso do roubo, é necessário que a violência seja dirigida à pessoa (vis corporalis) e não à coisa, a não ser que, neste caso, repercuta na pessoa, impedindo-a de oferecer resistência à conduta do agente.⁵⁶

Já o autor Damásio E. de Jesus traz as espécies de violência, que podem ser classificadas como própria, quando ocorre o emprego de força física (lesões corporais ou vias de fato); imprópria, nos casos em que o autor empregar outros meios, abstraída a grave ameaça; imediata, sempre que o agredido for o proprietário ou possuidor do bem; mediata, quando exercida contra terceiro; física, obviamente quando houver o emprego de força física; ou moral, emprego da grava ameaça.⁵⁷

Sobre o assunto, insta trazer à baila algumas considerações de Guilherme Nucci acerca do tema. Confira-se:

⁵⁵ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010 . p. 752

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabrini – **Código Penal Interpretado** – 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 1.316

⁵⁷ JESUS, Damásio de E. – **Código Penal Anotado** – 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007 . p. 584

O termo violência, quando mencionado nos tipos penais, como regra, é traduzido como toda forma de constrangimento físico voltado à pessoa humana. Lembremos, no entanto, que violência, na essência, é qualquer modo de constrangimento ou força, que pode ser física ou moral. Logo, bastaria mencionar nos tipos, quando fosse o caso, a palavra violência, para se considerar a física e a moral, que é a grave ameaça.⁵⁸

Por fim, não podemos olvidar que a presunção de violência, ou seja, aquela praticada contra vítima que não tem condições de resistir à agressão, é considerada violência física ou real, pois é possível concluir que aquele que possui algum tipo de debilidade mental foi impelido fisicamente a fazer o que não queria.⁵⁹

Assim, quando o agente pratica a conduta tipificada no *caput* do artigo 157 do Código Penal, qual seja, subtrair coisa alheia móvel mediante violência ou grave ameaça, resta configurado o roubo próprio. Todavia, há também a possibilidade prevista no § 1º do supracitado artigo, a qual é denominada de roubo impróprio e que ocorre quando o agente pratica a violência ou grave ameaça após a consumação da subtração, visando apenas assegurar a posse do bem subtraído ou mesmo a impunidade do crime.⁶⁰

Frise-se que para a configuração do roubo impróprio o emprego da violência ou grave ameaça deve ser empreendida imediatamente após a subtração⁶¹, pois se esta ocorrer somente após um sensível espaço de tempo e de lugar, não há mais que se falar em roubo, mas em qualquer figura do art. 129 ou 121, § 2º, incisos IV e V do Código Penal⁶².

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 753

⁵⁹ Ibidem, p. 754

⁶⁰ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida – **Curso Completo de Direito Penal** – São Paulo: Saraiva, 1987, p. 185

⁶¹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui – **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 796

⁶² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. – **Manual de Direito Penal**, vol. 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 224

Noutro viés, impende analisarmos também a questão do momento consumativo do roubo, vez que há certa divergência quanto à modalidade consumada e a tentada.

Para alguns doutrinadores, o roubo próprio estará consumado quando o objeto subtraído sair da esfera de vigilância da vítima e o agente tiver a posse tranqüila da coisa, mesmo que por um curto período de tempo,⁶³ sendo este o ponto principal da diferenciação⁶⁴.

Lado outro, há aqueles que defendem a idéia de que o crime de roubo estaria consumado com o emprego da violência, independentemente da subtração, sendo a crítica desta corrente justamente a questão da tentativa, vez que, se logo após a ameaça o agente não pode subtrair a *res*, o delito restaria configurado na modalidade tentada e não consumada.⁶⁵

Além do roubo próprio e impróprio, o artigo 157 do Código Penal traz ainda a possibilidade do roubo circunstanciado, previsto no § 2º, o qual será objeto de análise do próximo sub-capítulo, além das hipóteses de roubo qualificado – roubo e lesão corporal grave, § 3º, primeira parte, e roubo e morte, denominado latrocínio, § 3º, parte final.

No que tange ao roubo e lesão corporal grave, é indispensável que a lesão corporal grave seja resultado direto da violência empreendida, não incorrendo nesta hipótese o agente quando o evento letal decorrer de grave ameaça (enfarte, trauma psíquico) ou do

⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. – **Manual de Direito Penal**, vol. 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 222

⁶⁴ DELMANTO, Celso – **Código Penal Comentado**, 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 350

⁶⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. – **Manual de Direito Penal**, vol. 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 222

emprego de narcóticos (coma, lesão corporal), caso em que haverá efetivamente o roubo simples combinado com a lesão corporal grave, em concurso formal.⁶⁶

Quanto ao latrocínio, é indispensável que o laudo de exame necroscópico demonstre relação de causalidade entre a atuação do agente e a morte da vítima, sendo necessário que o emprego da violência que causar a morte seja empreendida com a finalidade de subtração do objeto, ou para garantir, depois de já subtraída a *res*, a impunidade ou detenção do bem.⁶⁷

Segundo o dispositivo legal, para que o latrocínio reste configurado, não é necessário que o agente queira a morte do ofendido, bastando que ela ocorra para que a conduta se amolde perfeitamente à parte final do § 3º do art. 157 do *Codex*. Todavia, para alguns doutrinadores, como Fragoso, Bohemero e Carrara, é necessário que o agente queira a morte da vítima para tanto.⁶⁸

Cumprе salientar que para a configuração deste crime não é necessário que a vítima que sofre a subtração seja a mesma que venha a óbito, sendo plenamente possível que “a violência atinja pessoa diversa da que sofre o desapossamento”.⁶⁹

2.1 O roubo circunstanciado

O § 2º do artigo 157 do Código Penal prevê em seu dispositivo cinco hipóteses que majoram a pena na proporção de 1/3 a 1/2, as quais serão analisadas a seguir.

⁶⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. – **Manual de Direito Penal**, vol. 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 228

⁶⁷ Ibidem, p. 229

⁶⁸ Ibidem

⁶⁹ Ibidem

O inciso I do supracitado artigo determina que quando violência ou a grave ameaça é praticada com emprego de arma, deve o agressor ser punido mais severamente. Mirabete preleciona que o emprego da arma demonstra não só a maior periculosidade do autor do delito, mas também uma maior ameaça à vida da vítima e por esta razão deve o agente ser punido com mais rigor.⁷⁰

Nucci define o termo arma como o “*instrumento utilizado para defesa ou ataque*” classificando-as nestes casos como próprias – as armas de fogo, punhais, espadas. Há também as chamadas armas impróprias, as quais não têm como finalidade precípua o ataque ou a defesa, mas são aptas a serem usadas no momento da agressão – uma cadeira arremessada contra o agressor, por exemplo.⁷¹

Sobre a incidência desta causa de aumento há tormentosa discussão na doutrina, que se divide em duas:

Parte defende o critério objetivo, no qual somente há exasperação da pena-base quando a arma causar perigo efetivo ao ofendido. Assim, se o autor do delito utilizar uma arma de brinquedo para perpetração do ilícito, não deverá incidir a causa de aumento, pois a arma de brinquedo não é capaz de gerar qualquer perigo. O uso da arma serviria apenas como caracterizadora da grave ameaça, figura típica do crime de roubo.⁷²

Lado outro, há a corrente que defende o critério subjetivo, segundo o qual basta a intimidação da vítima para que a causa de aumento seja aplicada. Neste viés, a

⁷⁰ MIRABETE, Julio Fabrini – **Código Penal Interpretado** – 5 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 1.375

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 761

⁷² Ibidem

arma de brinquedo é hábil a exasperar a pena, pois causa grande temor no ofendido, diminuindo sua capacidade de resistência.⁷³

Guilherme de Souza Nucci é adepto da corrente que defende o critério objetivo, sob o argumento de que a arma de brinquedo, dada como exemplo, não pode ser considerada arma própria, nem imprópria, ou seja, não se encaixa no conceito de arma citado alhures, o que impede a exasperação da pena em razão desta circunstância.⁷⁴

Todavia, é possível verificar que a posição da jurisprudência majoritária é em sentido diverso, pois não considera necessária a efetiva lesividade da arma para a incidência da causa de aumento. Com efeito, a apreensão da arma para realização de perícia a fim de atestar a potencialidade lesiva do artefato é desnecessária, bastando que a vítima em seu depoimento afirme de forma veemente que a intimidação se deu mediante a utilização de arma.

Conclui-se, portanto, que se a perícia é prescindível, sendo a intimidação do ofendido suficiente para a incidência da majorante.

Cumpre a trazer à baila julgado do e. Superior Tribunal de Justiça neste sentido. Confira-se:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. ART. 157, § 2o., INCISOS I, II e IV, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 7 ANOS, 1 MÊS E 7 DIAS DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO. NÃO APREENSÃO DA ARMA DE FOGO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. PRECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME INERENTES AO TIPO PENAL. PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA CRIMINOSA

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 761

⁷⁴ Ibidem

JUSTIFICADA EM PROCESSO EM ANDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO PARCIAL DO WRIT. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA PARA FIXAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL.

1. A impossibilidade de apreensão e a consequente perícia da arma de fogo utilizada no roubo não afasta a configuração da causa especial de aumento de pena, mormente quando a prova testemunhal é firme sobre sua efetiva utilização na prática da conduta criminosa.
2. A sentença condenatória, confirmada em grau de apelação, não apresentou fundamentação adequada para fixar a pena-base acima do mínimo legal, pois elementos próprios do tipo penal foram utilizados para considerar desfavoráveis a culpabilidade e as consequências do crime e uma ação penal em curso foi considerada para negativar a personalidade do paciente, em ofensa ao enunciado da Súmula 444 desta Corte.
3. Parecer do MPF pela parcial concessão da ordem.
4. Ante o exposto, concede-se parcialmente a ordem para fixar a pena-base do paciente no mínimo legal (4 anos), aumentada, conforme a sentença, em 6 meses pela reincidência e em 3/8 pelas causas de aumento de pena previstas nos incisos I, II e IV do § 2º. do art. 157 do Código Penal, totalizando 6 anos, 2 meses e 7 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 18 dias-multa.⁷⁵

No que tange ao inciso II do § 2º do art. 157, trata tal dispositivo do concurso de agentes, segundo o qual basta que o crime seja perpetrado por duas ou mais pessoas para que a causa especial de aumento seja aplicada. Não se pode olvidar, que é desnecessário que todos os envolvidos estejam no local dos fatos no momento do episódio, haja vista ser a figura da participação moral ou material componente do quadro de concurso de agentes.⁷⁶

Quanto ao inciso III, que trata com mais rigor aquele que pratica o roubo contra vítima que transporta valores a serviço, é importante salientar que o dolo direto é figura necessária para a configuração da majorante. É indispensável que o agente tenha pleno

⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 152.074/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2010, DJe 25/10/2010. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200902122861&pv=000000000000>>. Acessado em 11 de maio de 2011.

⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 763

conhecimento que o ofendido transporta valores de terceiro, não sendo o dolo indireto suficiente para a caracterização do inciso.⁷⁷

Já o inciso IV trata do roubo de veículo automotor, que pode ser aeronaves, automóveis, caminhões, lanchas, jet-skis ou motocicletas, que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior, sendo imprescindível que o autor do ilícito tenha conhecimento disto.⁷⁸

Por fim, o artigo prevê a causa de aumento de pena referente ao cerceamento de liberdade da vítima, a qual foi incluída pela Lei nº. 9.426/96. Neste caso, há punição mais gravosa daquele que mantém a vítima sob seu poder por período maior do que mínimo necessário para garantir o produto do roubo.⁷⁹

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 764

⁷⁸ MIRABETE, Julio Fabrini – **Código Penal Interpretado** – 5 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 1.598 e 1.599.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 764

3 TEORIAS PARA AFERIÇÃO DA PENA

São três as teorias criadas pela doutrina e jurisprudência para solucionar a dificuldade que os magistrados possuem em fixar a reprimenda nos crime de roubo circunstanciados por mais de uma causa de aumento de pena prevista no § 2º do artigo 157 do Estatuto Repressivo.

A primeira teoria criada baseia-se unicamente em cálculos matemáticos, enquanto a segunda utiliza uma causa de aumento de pena na terceira fase de fixação da reprimenda e as demais na primeira fase, como circunstâncias judiciais. Por fim, há a terceira teoria que adota o critério da intensidade para aferir a pena.

Neste capítulo, tais teorias serão analisadas e as críticas feitas a cada uma delas apontadas, a fim de concluirmos qual possui maior respaldo na jurisprudência atualmente.

3.1 Quantitativa

Em um primeiro momento, nos casos concretos em que o agente praticava o crime de roubo circunstanciado por mais de uma causa especial de aumento de pena, os magistrados fundamentavam a fração utilizada na terceira fase de fixação da reprimenda tão-somente pelo número de causas de aumento de pena presentes no caso concreto.

Assim, a análise procedida pelos sentenciantes era meramente quantitativa, ou seja, quando o agente praticava um roubo bicircunstanciado, por exemplo, o juiz utilizava

a fração de 3/8 e justificava a exasperação da pena tão-somente em razão do número de causas de aumento.

Neste ponto, cumpre trazer a lume julgado do e. Superior Tribunal de Justiça, à guisa de ilustração:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS-CORPUS. ROUBO. FIXAÇÃO DA PENA. REGIME PRISIONAL. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA.
 - Tratando-se de réu primário, com bons antecedentes e circunstâncias judiciais favoráveis, e sendo possível, de acordo com o quantum da pena estabelecida, a aplicação do regime inicial semi-aberto, não é admissível a fixação do regime inicial fechado com base apenas em presunção de periculosidade decorrente da prática de crime considerado grave.
 - No crime de roubo, reconhecida a existência de duas causas de aumento de pena, mostra-se cabível a fixação do aumento em percentual acima de 1/3, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta do réu, inexistindo nulidade decorrente da majoração da reprimenda no percentual de 3/8.
 - A verificação do acerto ou desacerto do quantum do aumento estabelecido em função do reconhecimento de majorante, salvo a hipótese de flagrante ilegalidade decorrente de percentual fixado sem qualquer fundamento, não se compatibiliza com o rito especial do habeas-corpus, em face da impossibilidade da reapreciação dos elementos que levaram à adoção de determinado percentual pelo magistrado.
 - Recurso ordinário parcialmente provido. Habeas-corpus concedido em parte para, revisando a sentença no tocante ao regime prisional, estabelecer como regime inicial o semi-aberto.⁸⁰

No mesmo sentido já julgou o e. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO TENTADO - IMPOSSIBILIDADE - PRISÃO EM FLAGRANTE - RECONHECIMENTO DA ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA - DUAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA - AUMENTO SUPERIOR A 1/3 - PROVIMENTO PARCIAL
 1. O crime de roubo se consuma no momento em que, cessada a violência ou grave ameaça, o réu vem a se assenhorear da res, ainda que por breve período. Não se exige mais, segundo a evolução jurisprudencial, que o agente alcance a posse mansa e pacífica da coisa, colocando-a fora da vigilância da vítima.
 2. A confissão espontânea é circunstância que sempre atenua a pena, nos

⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 13.345/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 07/11/2002, DJ 09/12/2002, p. 391

termos do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que tenha havido prisão em flagrante, mormente quando a declaração do réu é utilizada para embasar o decreto condenatório.

3. Havendo a incidência de duas causas de aumento de pena no roubo circunstanciado, está autorizado o Juiz a majorar a pena acima da fração mínima de 1/3 na terceira fase de aplicação da pena.⁸¹

O e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado recente adotou a presente corrente, o que não é comum atualmente. Confira-se:

APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. 1. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. Materialidade e autoria suficientemente demonstradas, a autorizar a prolação de juízo condenatório. **2. MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS.** A palavra segura e coerente das vítimas no sentido de que o assalto foi praticado por dois indivíduos, ambos armados, é bastante para o reconhecimento das majorantes relativas ao emprego de arma e concurso de agentes. **3. DOSIMETRIA DA PENACIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL.** A fixação da pena-base no mínimo legal somente se justifica quando o exame das moduladoras do art. 59 do CP resulte totalmente favorável ao réu. Do contrário, cabível a cominação da basilar acima do limite mínimo previsto em lei. **CONDUTA SOCIAL** A moduladora relativa à conduta social diz respeito ao comportamento do réu no meio social em que vive, família, trabalho, vizinhança, de sorte que os maus antecedentes não autorizam a valoração negativa do referido vetor. Redimensionamento da pena-base. **DUPLICIDADE DE MAJORANTES. CRITÉRIO OBJETIVO PARA DETERMINAR A FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA.** Para assegurar a proporcionalidade entre a quantidade de qualificadoras presentes no caso e a fração de aumento fixada, que varia de 1/3 a 1/2, nos termos do art. 157, §2º, do CP, impende a adoção do critério sugerido em julgado do STJ, pelo qual, a menor fração de aumento previsto no referido artigo, deve ser estabelecido ao caso de apenas uma majorante; havendo duas, a majoração deve ser de 3/8; existindo três, eleva-se em 5/12; em se tratando de quatro, o aumento deve ser de 11/24; e, por fim, verificada a concorrência das cinco causas de aumento previstas, o acréscimo deve alcançar o patamar máximo, ou seja, a metade. Por se tratar apenas de um critério, nada impede que, em casos especiais, adote-se uma fração maior ou menor, respeitados os limites mínimo e máximo, desde que devidamente fundamentado. Redimensionamento da pena para adequar a fração de aumento para 3/8 considerando a duplicidade de majorantes. **PENA PECUNIÁRIA. ISENÇÃO.** Inviável o pedido de isenção do pagamento da pena de multa por conta das precárias condições econômicas do réu, uma vez que a incidência da sanção pecuniária decorre de disposição legal, não sendo facultado ao juiz deixar de aplicá-la cumulativamente com a pena privativa de liberdade prevista em lei. Da mesma forma, não há falar em afronta ao princípio da intranscendência da pena, insculpido no art. 5º, XLV, da CF, o qual garante ao réu que a pena a ele aplicada não passará de sua pessoa, sendo que eventual reflexo

⁸¹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, APR 20051010030144, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/08/2006, DJ 20/09/2006 p. 132

na situação econômica de seus familiares, constitui mero efeito indireto da condenação. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.⁸²

Todavia, aqueles que utilizavam tal critério de fixação da pena começaram a ser criticados, sob o argumento de que a justificativa meramente qualitativa fere o princípio da individualização da pena, tão importante para o Direito Penal.

Neste ponto, cumpre analisarmos de forma mais aprofundada no que consiste tal princípio.

Com efeito, individualizar significa tornar o que é geral específico, distinguindo algo dentro de um contexto.⁸³

Segundo Guilherme de Souza Nucci a individualização da pena tem como significado:

eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos pendentes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que co-autores ou mesmo co-réus. Sua finalidade e importância é a fuga da padronização da pena, da “mecanizada” ou “computadorizada” aplicação da sanção penal, prescindindo da figura do juiz, como ser pensante, adotando-se em seu lugar qualquer programa ou método unificado, empobrecido e, sem dúvida, injusto. Como diz José Antonio Paganella Boschi, o princípio da individualização da pena, que “visa resguardar o valor do indivíduo – precisa ser juridicamente considerado. A atitude implica reposicionamento do intérprete e do aplicador da lei penal perante o caso concreto e seu autor, vedadas as abstrações e as generalizações que ignoram o que o homem tem de particular.”⁸⁴

Efetivamente, de acordo com o exposto, o critério matemático viola o princípio da individualização da reprimenda, pois aplica de forma igualitária a pena para

⁸² BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, APR 70036113652, Oitava Câmara Criminal, Relator Danúbio Edon Franco, Julgado em 08/09/2010. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1698907&ano=2010> Acessado em 11 de maio de 2011.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 34

⁸⁴ Ibidem, p. 34 e 35

agentes diversos levando em consideração apenas o número de majorantes, sendo irrelevantes os aspectos do caso concreto no momento de aplicação da pena.

Assim, embora o princípio da individualização da pena esteja de certa forma dentro da discricionariedade do magistrado, haja vista existirem inúmeros elementos sujeitos ao exame do sentenciante no momento de prolatar a sentença condenatória, a devida fundamentação é estritamente necessária para que tal princípio não seja violado.⁸⁵

Soterrando a questão, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula nº. 443, na qual restou esclarecido que o critério matemático, adotado por muitos magistrados, não pode ser considerado fundamentação idônea para a exasperação da pena, sendo conveniente colacionarmos os votos proferidos pelos ilustres Ministros que ensejaram a edição da referida súmula.

Primeiramente, o Ministro Felix Fischer em voto proferido no ano de 2004 fez as seguintes considerações:

Consoante foi decidido no Recurso Especial nº 264.224/DF, de minha relatoria, cujo acórdão foi publicado no DJU de 08/04/2002, o que legitima a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo não é a quantidade de causas de aumento de pena que incidem ao caso e sim a fundamentação emitida pelo órgão julgador. É perfeitamente admissível, desde que motivados, o decisório que, diante de uma única causa de aumento de pena, exacerbe a reprimenda acima do mínimo legal, bem como aquele que, ante a ocorrência de mais de uma majorante, determine o acréscimo da pena no patamar mínimo.

Portanto, qualquer que seja a solução, ela deve ser fundamentada. Não pode ser automática. Isso porque o Código Penal diz, tanto no parágrafo único do art. 68, como no § 2º do art. 157, “pode o juiz” e “aumenta-se de 1/3 até a 1/2”, indicando claramente, que a opção do magistrado há que ser fundamentada sob pena de se transmutar a discricionariedade permitida com um inaceitável arbítrio próprio do princípio da convicção íntima.

Na espécie, segundo a interativa jurisprudência desta Corte e do c. Supremo Tribunal Federal, o aumento acima do patamar mínimo imposto à pena em

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 309

virtude da existência das causas de aumento previstas no § 2º do art. 157 do CP, careceu de motivação, pois decorreu, apenas, do simples fato de estarem presentes as duas majorantes, já que não houve qualquer alusão do órgão julgador às circunstâncias concretas que justificaram a exacerbação da reprimenda.

À falta, portanto, da devida motivação para o aumento de pena no patamar de 3/8 (três oitavos), faz-se imperiosa a anulação da r. sentença penal condenatória neste ponto específico.⁸⁶

Por seu turno, o Ministro Nilson Naves, em caso semelhante também concedeu a ordem a fim de decotar a pena, tendo acolhido o parecer do Ministério Público Federal, no qual se manifestou da seguinte forma:

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem nestes termos:

"6. Com efeito, a presença de duas qualificadoras no crime de roubo – emprego de arma e concurso de agentes – não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto.

7. A propósito, o art. 68 do Código Penal, assim dispõe:

‘Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.’

8. Da leitura desse dispositivo, não se extrai o comando de que a presença de duas causas de aumento de pena, por si só, determine a majoração acima do mínimo previsto no art. 157, §2º, do Estatuto Penal, devendo ser razoável e proporcional a dosimetria da pena, com a apreciação da intensidade de cada causa especial de aumento.

9. Assim, para que seja exasperada a pena em face da dupla qualificação do crime de roubo, faz-se necessário, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, que o magistrado apresente fundamentação suficiente, a pondo de demonstrar que tais qualificadoras ensejam uma maior reprovabilidade da conduta do agente, o que não se deu na espécie [...]”.⁸⁷

⁸⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 34.658/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJe 03/11/2004 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200400461154&dt_publicacao=03/11/2004.> Acessado em 11 de maio de 2011.

⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 54.683/RJ, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJe 04/06/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600325438&dt_publicacao=04/06/2007> Acessado em 11 de maio de 2011.

Ora, do parecer emitido pelo representante do Órgão Ministerial é possível depreender que a fundamentação meramente matemática é indiscutivelmente vaga e inapta a supedanear o *quantum* sancionatório aplicado segundo tal critério.

Assim, verifica-se que a adoção da presente corrente acabará em desuso, mormente após o Superior Tribunal de Justiça ter demonstrado explicitamente que este não é o posicionamento a ser adotado.

3.2 Causa de aumento de pena como circunstância judicial

A segunda corrente defende que deve ocorrer apenas um aumento em razão da causa de aumento de pena, devendo as demais serem consideradas circunstâncias judiciais e valoradas na primeira fase de fixação da reprimenda.⁸⁸

Esta posição é defendida por Guilherme de Souza Nucci, conhecido como grande crítico da chamada política da pena mínima adotada no Brasil, e que justifica a aplicação desta corrente ante tais argumentos:

Assim, para maior justiça, cabe ao magistrado, havendo uma só causa de aumento, ponderar se ela deve atender ao máximo (metade), ao mínimo (um terço) ou a qualquer montante intermediário de aumento. Nada impede que, havendo uma só circunstância do § 2º, o magistrado eleve a pena da metade. Por outro lado, quando uma segunda, terceira ou quarta circunstância também estiver presente, o juiz deve deslocá-la para o contexto das circunstâncias judiciais (art. 59), proporcionando um aumento da pena-base. Assim, o sujeito que cometesse um roubo com todas as causas de aumento possíveis, poderia ser apenado com mais de dez anos de reclusão, conforme o caso. Se o legislador previu um mínimo de 4 anos e um máximo de 10 para o delito de roubo, sem incluir nesse cômputo as causas de aumento, aptas a romper o máximo, não é aceitável que se permaneça vinculado à política da pena mínima. Se esta política permanecer, com a devida vênia, estar-se-á

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 758

privilegiando os criminosos contumazes em detrimento dos ocasionais, para quem a pena mínima poder ser mais adequada.⁸⁹

Neste ponto, impende fazermos algumas considerações acerca da política da pena mínima tratada por Guilherme de Souza Nucci, vez que é uma tendência em nossos tribunais e deve ser amplamente atacada.

É bem verdade que o entendimento jurisprudencial hoje é no sentido de que a fundamentação da pena deixa de ser necessária quando a pena aplicada é a mínima, vez que não há prejuízo ao réu, o que é uma afronta à norma constitucional, à lei penal e à sociedade como todo.⁹⁰

Luis Antonio Guimarães Marrey manifestou-se acerca do tema, posicionando-se contrariamente a esta política. Confira-se:

Esse juízo de reprovação tem por base a conduta realizada pelo agente, cabendo ao juiz ponderar, na aplicação da pena, ‘ a forma e o modo de execução da ação descuidada, em face das exigências concretas de cuidado’, para estabelecer ‘ a gradação material do perigo’. Justifica-se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade se, portanto, o aumento da pena-base, em atenção à culpabilidade do acusado e às circunstâncias em que delinqüiu, quando menos para não assimilar a hipóteses distintas a situações rotineiras, como se não apresentassem uma gravidade específica, peculiar e inconfundível com modestas vulnerações da ordem pública. A lei procura, claramente, separar o joio do trigo, recomendando o aumento da pena de modo proporcional aos efeitos da conduta, tanto mais quando sempre manda ter em conta, na primeira fase do cálculo, as ‘consequências’ do crime (CP, art. 59). Logicamente, a maior extensão dos danos deve repercutir na dimensão das penas, forçando a elevação do castigo. A despeito disso, há anos generalizou-se no foto o hábito de impor os castigos nos limites mínimos, com abstração das circunstâncias peculiares a cada delito. Entretanto, pena-base não é sinônimo de pena mínima. Não se sabe bem o que leva Magistrados tão diferentes, das mais diversas comarcas do Estado, a assimilar os mais distintos casos, para puni-los, quase invariavelmente, no mesmo patamar, como se não apresentassem uma gravidade específica, própria e inconfundível. Decididamente, não é por falta, na lei, de parâmetros adequados. Tome-se o delito de roubo, para análise: na figura

⁸⁹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 759

⁹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 309

fundamental, dispõe o julgador de generosa escala (4 a 10 anos de reclusão), para acomodar os diversos episódios delituosos. Apesar disso, pouco importando as circunstâncias e conseqüências do delito, a culpabilidade revelada pelo autor, a conduta social deste e os motivos de sua prática, quase sempre se pune o assaltante, na base, com o quadriênio, como se todos aqueles fatores pudessem ser desconsiderados na composição da reprimenda. Coma indiscriminada imposição de penas mínimas, vem-se tratando de modo igual situações completamente distintas, de sorte a que, na prática, não se notem diferenças sensíveis na punição, que é a mesma ou quase a mesma, tenha sido o roubo cometido sob um impulso momentâneo, figurando como objeto bem de escasso valor, com subjugação de uma única vítima, sem requintes de perversidade, ou decorra, ao contrário, de uma premeditado projeto, lentamente acalentado, com intimidação de diversas pessoas, para a obtenção de lucro fácil, destinado a sustentar o ócio de profissionais da malandragem. Essa tendência encerra, em verdade, dupla injustiça. A mais evidente é com a própria sociedade, pois, devendo a sentença refletir no castigo e senso de justiça das pessoas de bem, não atende a tão elevado propósito essa praxe de relegar a plano subalterno os critérios legais de fixação da pena, preordenados a torná-la ‘necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime’ (Código Penal, art. 59, *caput*.)⁹¹

Acerca do assunto, foi realizada uma pesquisa pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça sobre o tema A Complexidade do Problema e a Simplicidade da Solução: a questão das penas mínimas, a qual foi publicada na Série Projeto Pensando Direito.

Segundo tal relatório, a existência das penas mínimas no Direito Penal Brasileiro acarreta certo “conforto decisório” para o magistrado no momento de aplicar a sanção. Vejamos as considerações procedidas:

Com a expressão “conforto decisório” referimo-nos a uma forma muito peculiar de justificar a existência das penas mínimas que apareceu com freqüência nas entrevistas realizadas nesta pesquisa. Digamos inicialmente que a existência da pena mínima nos traz certa dificuldade em responder à pergunta “a quem cabe decidir qual pena será aplicada ao indivíduo x em razão do cometimento do crime y?” Para que haja uma decisão é imprescindível que tenhamos opções para realizar uma escolha. Se não há como valorar entre diferentes possibilidades, não há o que decidir. Poderíamos dizer que essa estrutura das normas de sanção com previsão de mínimos e máximos e, sobretudo, de penas de prisão deixa o juiz sem escolhas ou com possibilidades de escolha muito limitadas. A sua margem de decisão fica extremamente reduzida se comparada a do legislador que tem

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza – **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 – p. 310 e 311 *apud* protocolado 15;533/00, at. 28, CPP, Inq. 222/97, Comarca Guarulhos, 01.03.2000

à sua disposição um amplo rol de sanções e possibilidades de intervenção. Nessa configuração, o que denominamos aqui procedimento ou operação de “determinação da pena” restringe-se à tarefa de “aplicar” e “calcular”. Vale a pena notar como esses verbos - os mais comumente adotados, ao menos no Brasil - marcam uma divisão de tarefas muito peculiar entre o legislador e o juiz. O legislador define e o juiz aplica; o legislador fornece os números e o juiz somente calcula. Mas quem decide a pena? Do ponto de vista da atuação judicial, portanto, a existência da pena mínima prevista pelo legislador pode significar uma comodidade em sua atividade decisória justamente porque, em relação à determinação da pena, é possível transferir a responsabilidade por sua definição ao legislador. Por intermédio desses mecanismos, o procedimento de determinação da pena esvazia-se e se torna um apêndice, uma simples decorrência, um último parágrafo em uma longa sentença.⁹²

Realmente, não se pode negar que a política da pena mínima traz certa segurança aos magistrados, que por muitas vezes deixam de aplicar a sanção que realmente atingiria o objetivo retributivo e preventivo da pena.

Conclui-se, assim, que a atual política de fixação da sanção penal está passando por um momento conturbado, em que os valores que deveriam regir o Direito Penal Brasileiro estão na verdade abrindo espaço para uma série de injustiças.

Nesse panorama, o critério em que uma causa de aumento de pena é aplicada na terceira fase e as demais consideradas para fins de exasperação da pena-base não deve ser considerada de todo infundada.

No ponto, cumpre trazer à baila, a fim de exemplificação, a sentença proferida pelo magistrado João Lourenço da Silva do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios nos autos do processo número 2009.07.1.020195-0:

Diante dos termos do art. 59, do mesmo Código Penal, e considerando que:
1) a culpabilidade, nesta fase funcionando como juízo de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, é reprovável e presente no dolo do Acusado que teve vontade direta e livre, quando da prática do crime, buscando obtenção de vantagem ilícita em prejuízo das vítimas, quando lhe era exigível conduta

⁹² Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, **Projeto Pensando Direito**, Série Pensando o Direito nº 17/2009 – versão publicação, p. 62

diversa e não o fez, não sendo a busca desarrazoada de lucro fácil móvel justificador para o cometimento de condutas típicas; 2) O Réu não possui bons antecedentes, ou seja, possui várias anotações em sua Folha Penal acostada aos autos, sendo que já foi condenado, mas não há informação sobre trânsito em julgado, de modo que tais anotações não serão consideradas para efeito de elevação da pena-base (fls. 81/90); 3) a conduta social do Agente é ajustada ao meio em que vive, eis que inexistem nos autos notícias em sentido contrário; 4) os elementos dos autos permitem aferir a sua personal idade, em face das várias anotações penais. Como se sabe, "...As anotações na folha penal do agente podem ser consideradas para fim de análise de sua personalidade, conforme precedentes jurisprudenciais...." (Processo nº 2007.05.1.007839-2 (412493), 1ª Turma Criminal do TJDF, Rel. Luis Gustavo B. de Oliveira. unânime, DJe 13.04.2010); 5) O motivo para a prática delituosa foi o inerente ao tipo, não restando evidenciado nenhum motivo periférico relevante; 6) as circunstâncias não favorecem ao Acusado, tendo em vista que se trata de crime cometido mediante o concurso de pessoas, o que facilitou a obtenção do resultado pretendido. Ou seja, essa circunstância, em vez de considerada na terceira fase de fixação da pena, pode, e deve, ser considerada para afastar a pena do mínimo legal, eis que incomum à espécie; 7) as consequências do fato foram ruins, ante a não apreensão/restituição da res furtiva, conforme visto acima; e 8) o comportamento das vítimas não colaborou para a eclosão do fato criminoso, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa no valor de 14 (quatorze) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo mensal, da época do fato. Não vislumbro a presença de atenuantes ou de agravantes a serem consideradas. Com isso, nesta fase, mantenho a pena fixada, qual seja, 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e multa no valor de 14 (quatorze) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo mensal, da época do fato. O crime em comento, conforme restou demonstrado acima, foi praticado mediante o uso de arma de fogo. Assim, com fulcro no art. 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, elevo a pena para 05 (cinco) anos, 09 (nove) meses de reclusão e multa no valor de 18 (dezoito) dias-multa, correspondentes a um trigésimo de um salário mínimo mensal, da época do fato.⁹³

De acordo com a sentença, é evidente que o magistrado utilizou a causa especial de aumento de pena relativa ao concurso de agentes para valorar negativamente a circunstância judicial das circunstâncias do crime, na primeira fase, tendo deixado apenas a outra causa de aumento concernente ao uso de arma de fogo na terceira fase.

⁹³ Processo nº 2009.07.1.020195-0, Sentença proferida em 05 de novembro de 2010. Disponível em <http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=7&CDNUPROC=20090710201950>. Acesso em 07 de maio de 2011.

Em análise da jurisprudência dessa Corte de Justiça, nota-se que tal corrente é amplamente adotada:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTÂNCIADO - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - ARMA NÃO APREENDIDA - CRITÉRIOS OBSERVADOS NA APLICAÇÃO DA PENA-BASE - PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL.

I. A autoria e a materialidade são evidentes quando a confissão na fase inquisitorial é corroborada pela prova oral colhida sob o crivo do contraditório.

II. A confissão extrajudicial, utilizada para fundamentar a condenação, é válida para ser considerada como circunstância atenuante, mesmo que retratada.

III. A apreensão e perícia da arma de fogo utilizada no roubo são desnecessárias para configurar a causa de aumento, quando as demais provas são firmes sobre a efetiva utilização na prática da conduta criminosa. Precedentes desta Corte e do STJ.

IV. A confissão, embora revele a boa intenção do acusado em colaborar com a justiça, dá menos certeza de personalidade ajustada do que a reincidência, que atesta que o acusado voltou a delinquir. Preponderância da agravante sobre a atenuante. Precedentes do STJ e STF.

V. Cabível utilização de uma das causas de aumento na primeira fase de fixação da pena como circunstância do crime, e de outra como causa de aumento de pena, na terceira fase do artigo 59 do CP, é admitida. Precedentes do STJ e TJDF.

VI. Recurso parcialmente provido para reduzir as penas.⁹⁴

No mesmo sentido, já decidiu o Desembargador João Timóteo de Oliveira.

Confira-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. CRIME DE ROUBO E DISPARO DE ARMA DE FOGO. USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE AGENTES. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PALAVRA DAS VÍTIMAS. RECONHECIMENTO DE PESSOA. APREENSÃO DA ARMA. LAUDO DE EFICIÊNCIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E CAUSAS DE AUMENTO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. A ausência das formalidades dos artigos 226 e 228 do Código de Processo Penal quanto ao reconhecimento de pessoas não invalida o procedimento realizado de forma diversa, nem afasta a credibilidade da palavra da vítima, especialmente quando apoiado em outros elementos de prova.
2. Tanto a apreensão da arma quanto o laudo de exame de eficiência são prescindíveis à caracterização da causa de aumento de pena referente ao emprego de arma, bastando que fique comprovada a efetiva utilização do

⁹⁴ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, APR 20020111168107, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/03/2011, DJ 18/03/2011 p. 181

- artefato durante a empreitada delituosa.
3. A jurisprudência é acolhedora de entendimento segundo o qual, em havendo mais de uma causa de aumento no caso concreto, é permitido enumerar umas das causas de aumento para justificar a elevação da pena-base na primeira etapa, enquanto a outra causa poderá incidir na última fase da dosimetria.
4. Dado parcial provimento ao recurso.⁹⁵

Em caso análogo, este também foi o posicionamento adotado pelo Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos.

PENAL. ROUBO. EMPREGO DE ARMA. CONCURSO DE AGENTES. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO FIRME E COERENTE DA VÍTIMA. RECONHECIMENTO JUDICIAL. DOSIMETRIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MAIS DE UMA CONDENAÇÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO APREENSÃO DA ARMA. MULTA. PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima, quando apresentada de maneira firme e coerente, reveste-se de importante força probatória, restando apta a embasar decreto condenatório, quando confortada entre si e pelas demais provas dos autos.
2. Comprovadas, de maneira incontestada, tanto a materialidade quanto a autoria, não há que falar em fragilidade do conjunto probatório, tornando inviável aplicação do adágio *in dubio pro reo*.
3. Em que pese tratar-se de tema ainda não pacificado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátria, no delito de roubo, desnecessária a apreensão da arma para o reconhecimento da causa de aumento prevista no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal, quando evidenciada sua utilização por qualquer outro meio de prova, em especial, a palavra da vítima ou de testemunha presencial. Precedentes STJ.
4. Constatada a existência de mais de uma condenação com trânsito em julgado, correta a utilização de uma delas, na primeira fase da dosimetria, para macular a circunstância judicial dos antecedentes e a outra, apenas na segunda etapa, como reincidência, sem, com isso, incorrer em *bis in idem*. Precedentes STJ.
5. No roubo, comprovada a existência de três causas especiais de aumento de pena, não configura constrangimento ilegal a utilização de duas delas (emprego de arma de fogo e concurso de pessoas) na primeira fase da dosimetria para macular a circunstância judicial das circunstâncias do delito, e, a outra (restrição à liberdade da vítima), apenas na terceira etapa.
6. A quantidade de pena pecuniária deve guardar proporcionalidade com a pena corporal estabelecida na sentença, primando pelo equilíbrio das

⁹⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, APR 20080310320325, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 27/01/2011, DJ 08/02/2011 p. 276

sanções.

7. Recurso parcialmente provido.⁹⁶

Todavia, apesar de tal teoria ser vastamente aceita, não se pode olvidar que o legislador determinou que as causas de aumento de pena fossem valoradas na terceira fase, como bem determina o art. 68 do Código Penal Brasileiro, e que o desrespeito ao artigo acaba violando o sistema trifásico de fixação da pena.

Neste sentido, indo contra tal teoria, cumpre trazer a lume parte do voto proferido pelo Desembargador Getúlio Pinheiro acerca do tema:

Na fixação da pena-base em quatro anos e seis meses para cada apelante, considerou-se uma das qualificadoras como circunstância judicial, procedimento que, embora aprovado por autor da confiança do douto prolator da r. sentença, não encontra agasalho no art. 68 do Código Penal. Com efeito, tal critério acarretou prejuízo ao réu. Primeiro, porque nenhuma das qualificadoras encontra previsão nas circunstâncias enumeradas no art. 61 do Código Penal; segundo, porque são circunstâncias do crime, e não da pena; terceiro, porque o § 2º do art. 157 do referido código somente autoriza o aumento de um terço até a metade da pena. Com a utilização de uma das qualificadoras como circunstância judicial, pode-se elevar a pena acima do máximo legalmente permitido.

Nesse sentido os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: “HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO QUALIFICADO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE POR CAUSA DE AUMENTO DUPLAMENTE CONSIDERADA. CRITÉRIO TRIFÁSICO. NE BIS IN IDEM. DESRESPEITO. REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. IMPROPRIEDADE. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, E § 3º DO CÓDIGO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. O magistrado sentenciante, sendo seguido pelo acórdão impugnado, usou as qualificadoras do concurso de agentes e do emprego de arma, indevidamente, como circunstâncias judiciais para agravar a pena-base, em flagrante desrespeito ao critério trifásico de aplicação da pena insculpido no art. 68 do Código Penal. As instâncias ordinárias consideraram, ainda, o emprego de arma como qualificadora para agravar a pena, em evidente bis in idem, , constringendo ilegalmente o Paciente.
2. (...).
3. ‘A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea’ (Súmula n.º 719 do STF).
4. Writ parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão impugnado e a sentença condenatória de primeiro grau,

⁹⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, APR 20010110810770, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 355

determinando que nova decisão seja proferida com a observância do critério trifásico de fixação da pena, afastando-se o bis in idem e para fixar o regime semi-aberto para o cumprimento da pena reclusiva imposta ao Paciente. Fica prejudicado o pedido de reconsideração acostado aos autos” (H. C. nº 36.983, Ministra Laurita Vaz – D. J. de 14.3.5, pág. 394). “RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO. DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO DA PENA-BASE. 1. Em se tratando de roubo qualificado por mais de uma circunstância, para a fixação de aumento de pena acima do mínimo legal, na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça, faz-se necessária a demonstração da imprescindibilidade de sua imposição, que não decorre abstratamente do número daquelas qualificadoras. 2. Recurso provido” (REsp nº 457.338, Ministro Paulo Gallotti – D. J. de 1º.3.4, pág. 204). Posto isso, dou parcial provimento para reduzir as penas impostas aos apelantes.⁹⁷

Nesse diapasão, a grande crítica que pode ser apresentada a esta corrente é a violação ao próprio sistema trifásico de violação da pena, pois não se pode ignorar que o legislador determinou no § 2º do art. 157 do Estatuto Repressivo que qualquer circunstância ali determina deve ser considerada uma causa de aumento de pena, e, portanto, aplicada na terceira fase.

3.3 Qualitativa

A terceira corrente, por sua vez, defende que o magistrado deve observar o caso concreto e de acordo com as circunstâncias que envolvem o fato fundamentar a fração a ser utilizada para a majoração da reprimenda. Neste panorama, independem o número de causas de aumento de pena que incidem no caso concreto, podendo o magistrado aplicar a fração mínima mesmo estando presentes todas as causas de aumento de pena previstas no § 2º do art. 157 do Código Penal.⁹⁸

⁹⁷ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, APR 20030310192243 Relator GETULIO PINHEIRO, 2ª Turma Criminal, julgado em 17/08/2006, DJ 13/09/2006 p. 108

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 758

A respeito do tema, o Desembargador Ivan Marques do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ponderou:

Para mim o que deve justificar a escolha da fração de acréscimo não é o número das causas de aumento (qualificadoras) e sim a gravidade inerente a elas. Não me parece razoável agravar mais a pena para um teu que praticou roubo em concurso com um menor e usando canivete, do que para um único assaltante armado de submetralhadora ou de uma espingarda calibre 12. Além disso, sou visceralmente contra a adoção de critérios objetivos que se apliquem indistintamente a toda e qualquer situação, pois esse sistema retira do julgador o direito de aferir no caso concreto as circunstâncias que o levem a maior ou menor aumento. No roubo ora em julgamento foram apenas dois agentes. E uma única arma de fogo foi utilizada para ameaçar a vítima. Assim sendo, rogando ainda uma vez a devida vênia para discordar, para mim o aumento adequado é o mínimo previsto em lei, de um terço.⁹⁹

No mesmo sentindo, a Ministra Laurita Vaz julgou caso semelhante em acórdão que deu ensejo, inclusive, à súmula número 443 do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

De início, cabe ressaltar que a presença de duas qualificadoras no crime de roubo não é causa obrigatória de majoração da punição em percentual acima do mínimo previsto, a menos que o Magistrado, no caso concreto, constate a existência de circunstâncias que indiquem a necessidade da exasperação. A propósito, o art. 68, parágrafo único, do Código Penal, assim dispõe: "*Art. 68. A pena base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento. Parágrafo único: No concurso de duas causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.*" (grifei)

Como se vê, do dispositivo não se extrai o comando de que a presença de duas causas de aumento, por si só, conduziria a majoração acima do mínimo previsto no art. 157, § 2.º, do Código Penal. Esta norma visa a razoável e proporcional dosimetria da pena, ocasião em que o Magistrado deve apreciar a intensidade de cada causa especial de aumento, e não apenas efetuar um simples cálculo matemático. Assim, para que seja exasperada a pena diante da dupla qualificação do crime de roubo, faz-se necessário, a teor do disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, que o Magistrado apresente fundamentação suficiente,

⁹⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, APR 0011572-27.2005.8.26.0050, Relator IVAN MARQUES, 7ª Câmara Criminal, julgado em 25/05/2006, Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=2300481>. Acesso em 07 de maio de 2011.

a ponto de demonstrar que tais qualificadoras ensejam uma maior reprovabilidade na conduta do agente, o que não se deu na espécie.¹⁰⁰

Depreende-se do voto, que a Ministra defende a presente teoria, afirmando, inclusive, que o que deve ser analisado no momento de aferição da sanção é a intensidade de cada causa de aumento de pena, não sendo obrigatório que o magistrado aplique fração acima do mínimo legal ainda que o roubo seja bicircunstanciado.

A Desembargadora Jane Silva do Tribunal de Justiça de Minas Gerais assevera que para a exasperação da pena em razão das causas de aumento de pena deve haver algum motivo especial, uma causa excepcional que justifique a majoração.

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO QUALIFICADO POR CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA - INOCORRÊNCIA - PALAVRA DAS VÍTIMAS E DAS TESTEMUNHAS - DECOTE DA QUALIFICADORA DE CONCURSO POR SER COM PESSOA INIMPUTÁVEL - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE FURTO QUALIFICADO - IMPOSSIBILIDADE - DADO PARCIAL PROVIMENTO PARA APLICAR A FRAÇÃO DA MAJORANTE EM 1/3 (UM TERÇO), TOTALIZANDO A REPRIMENDA EM 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E 13 (TREZE) DIAS-MULTA NO REGIME INICIAL SEMIABERTO. 1. A fundamentação serve para o controle da racionalidade da decisão judicial. O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que levou a tal conclusão sobre autoria e materialidade, diante de todo o conjunto probatório. 2. A questão da menoridade é uma qualidade incomunicável, de caráter pessoal, é a situação ou particularidade que envolve o agente e, portanto, não se comunica ao corrêu. Sendo o réu maior, basta que tenha se unido à outra pessoa, independente da sua idade, para que seja caracterizado o concurso de pessoas que qualifica o crime. 3. Impossível a desclassificação do crime de roubo para o crime de furto qualificado quando restou plenamente demonstrado que a grave ameaça foi executada com o objetivo de realizar o crime de roubo e de impedir que as vítimas fugissem. 4. No roubo qualificado por mais de uma circunstância, quando adotado o aumento acima do mínimo legal, faz-se necessária a demonstração de sua necessidade, que não decorre abstratamente do número daquelas causas. O aumento maior que um terço somente se justifica quando ocorrerem circunstâncias especiais; se são ausentes quaisquer causas excepcionais, impõe-se o aumento da pena em apenas 1/3 (um terço). 5. Rejeitada a

¹⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 123.216/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 18/05/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200802717670&dt_publicacao=18/05/2009> Acessado em 11 de maio de 2011.

preliminar e no mérito recurso parcialmente provido para aplicar a fração das majorantes pelo concurso de pessoas e uso de arma em 1/3 (um terço), totalizando a pena em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, em regime inicial semiaberto.¹⁰¹

Efetivamente, é possível concluir dos julgados acima expostos que a presente corrente defende que o magistrado deve, na verdade, analisar o grau de culpabilidade e reprovabilidade da conduta do agente no caso concreto para fundamentar o uso da fração a acima do mínimo legal de 1/3.

¹⁰¹ BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, APC 1.0479.06.106487-5/001, Relatora .Jane Silva , 3ª Câmara Criminal, julgado em 06/04/2010, DJe 21/05/2010

CONCLUSÃO

O Direito Penal trilhou um longo caminho até que se chegasse às atuais normas codificadas que protegem o indivíduo e garantem a proteção de seus direitos sem a prática dos castigos e barbáries comuns na época da vingança divina, privada e pública.

Malgrado todo o avanço, há nas normas atuais lacunas e até mesmo ambigüidades, que acabam dificultando a aplicação do Direito Penal, o que é, como sabido, deveras comum em todas as áreas do direito, ante a impossibilidade de o legislador acompanhar as inúmeras possibilidades que acontecem na vida real.

O presente trabalho é fruto justamente da ausência de especificidade na lei, que não determinou de forma explícita como magistrado deveria proceder para aplicar a fração prevista no § 2º do art. 157 do Código Penal.

Ante esta dificuldade generalizada, muitas decisões foram proferidas sem que houvesse uma fundamentação idônea, capaz de justificar a razão pela qual a pena havia sido exasperada em patamar acima do mínimo legal de $\frac{1}{3}$ quando mais de uma causa de aumento de pena estivesse presente no caso concreto.

Em razão disso, surgiram três correntes que visavam solucionar o problema: a teoria quantitativa, a teoria que considera causa de aumento de pena como circunstância judicial e a teoria qualitativa.

Após a análise de todo o trabalho, é possível concluir facilmente que a teoria quantitativa já foi rechaçada, vez que a utilização de critério meramente matemático para fundamentar a majoração da pena viola o princípio da individualização da pena,

garantido constitucionalmente, o que já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça com a edição da súmula número 443.

Lado outro, da teoria que defende a utilização de uma causa de aumento de pena na terceira fase e as demais na primeira fase, como circunstâncias judiciais, conclui-se que tem ganhado força entre os magistrados e tem sido aceita pelos tribunais, em especial o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Todavia, em sentido diverso, criticando a aplicação da referida teoria e enfraquecendo seu uso, há aqueles que afirmam que tal critério desrespeita o sistema trifásico de fixação da reprimenda, estabelecido no art. 68 do Código Penal, sendo imperativo que o magistrado considere as causas de aumento de pena somente na terceira fase.

Por fim, da teoria quantitativa pode-se concluir que o critério a ser utilizado é aquele em que se analisa a intensidade de cada causa de aumento de pena para fins de majoração da sanção, o que pode implicar na utilização da fração mínima mesmo que haja mais de uma causa de aumento de pena presente no caso.

Tal corrente parece ser a que expressa melhor o desejo do legislador no momento em que deixou à discricionariedade do juiz a escolha da fração adequada para punir de forma justa o agente do crime e que não ofende os princípios e normas que regem o direito penal.

Pois bem, é certo que aquele que pratica o delito de roubo com uma faca deve ter uma pena diferente daquele que o pratica mediante emprego de uma arma de fogo, ou mesmo aquele que pratica o crime em concurso com apenas outro agente e o outro que o pratica em companhia de quatro outros envolvidos, parecendo a análise de cada causa de

aumento de pena isoladamente a que mais aproxima a pena definitiva da vontade precípua do legislador.

Outra conclusão importante que se pode tirar do presente trabalho é que a súmula número 443 do Superior Tribunal de Justiça não foi suficiente para resolver a problemática como era esperado, vez que seu enunciado indicou apenas que o critério matemático não deveria ser usado e que o juiz deve utilizar fundamentação concreta para majorar a sanção em razão da causa de aumento de pena.

Todavia, a súmula apenas disse aquilo que já previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, o que acabou por torná-la óbvia e incapaz de solucionar o imbróglio que envolve a questão, haja vista que tanto a segunda teoria, quanto a terceira poderiam ser consideradas aptas a fundamentar a majoração da reprimenda.

Tanto o é que até hoje os tribunais não pacificaram a questão e usam constantemente teorias diversas para aplicar a pena do agente que pratica o crime de roubo circunstanciado por de uma causa de aumento de pena.

Por conseguinte, nada obstante a indefinição que ainda existe, ao final deste estudo, frisa-se, mostra-se mais adequada a utilização do critério que verifica a intensidade, o maior grau de reprovação, vale dizer, a culpabilidade, das circunstâncias previstas nos incisos do § 2º do art. 157 do Estatuto Repressivo. Efetivamente, é o critério dos que ora se apresentam que não ofende o sistema trifásico – porquanto as causas de aumento de pena previstas na lei penal são apreciadas, de fato, na terceira fase – e, em outro norte, bem se compatibiliza com a garantia constitucional da individualização das penas, aferindo, em cada caso concreto, a necessidade de maior sanção penal ao agente do delito.

BRASIL, Tribunal De Justiça De Minas Gerais, APC 1.0479.06.106487-5/001, Relatora Jane Silva , 3ª Câmara Criminal, julgado em 06/04/2010, DJe 21/05/2010

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Territórios, APR 20010110810770, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 355

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Territórios, APR 20020111168107, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/03/2011, DJ 18/03/2011 p. 181

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Territórios, APR 20051010030144, Relator EDSON ALFREDO SMANIOTTO, 1ª Turma Criminal, julgado em 03/08/2006, DJ 20/09/2006 p. 132

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Distrito Federal E Territórios, APR 20080310320325, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 27/01/2011, DJ 08/02/2011 p. 276

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo, APR 0011572-27.2005.8.26.0050, Relator IVAN MARQUES, 7ª Câmara Criminal, julgado em 25/05/2006, Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2300481>. Acesso em 07 de maio de 2011.

BRASIL, Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul, APR 70036113652, Oitava Câmara Criminal, Relator Danúbio Edon Franco, Julgado em 08/09/2010. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento.php?codigo=1698907&ano=2010> Acessado em 11 de maio de 2011.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

DELMANTO, Celso – **Código Penal Comentado**, 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui – **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência**, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JESUS, Damásio de E. – **Código Penal Anotado** – 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007 .

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABRINNI, Renato N. – **Manual de Direito Penal**, vol. 2: Parte especial, arts. 121 a 234 do CP, 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MIRABETE, Julio Fabrini – **Código Penal Interpretado** – 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza – **Código Penal Comentado** – 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Individualização da pena** – 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

_____. **Manual de direito penal**, parte geral/parte especial – 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida – **Curso Completo de Direito Penal** – São Paulo: Saraiva, 1987

SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, Projeto Pensando Direito, Série Pensando o Direito nº 17/2009 – versão publicação.